



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Avvisning av tilbud, tilbudsevaluering, ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for anskaffelse av asylmottak med transittplasser. Klager anførte at valgte leverandørs tilbud inneholdt vesentlige avvik fra absolutte krav i konkurransegrunnlaget, og dermed skulle vært avvist. Klager anførte i tillegg at innklagede hadde brutt regelverket ved tilbudsevalueringen, og at innklagede foretok en ulovlig direkte anskaffelse ved manglende kontraktsoppfølging. Klagenemnda kom til at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist, og at innklagede hadde brutt likebehandlingsprinsippet ved å legge feil faktum til grunn ved evaluering av klagers tilbud. Nemnda kom også til at innklagede ikke hadde foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

Klagenemndas avgjørelse 5. desember 2023 i sak 2023/236

Klager: Apartments AS

Innklaget: Utlendingsdirektoratet

Klagenemndas

medlemmer: Christina Paludan Melson, Sverre Nyhus og Hanne S. Torkelsen

Bakgrunn:

- (1) Utlendingsdirektoratet (heretter *innklagede*) kunngjorde 24. april 2022 en konkurranse med forhandling for anskaffelse av asylmottak med transittplasser. Anskaffelsens verdi ble anslått til å være mellom 302 og 662 millioner kroner. Avtalens varighet var angitt til fem år med opsjon på forlengelse i 3 + 2 år, til sammen maksimalt 10 år. Tilbudsfrist var angitt til 15. juni 2022.
- (2) Kravene i konkurransen fremgikk i hovedsak av konkurransegrunnlaget, bilag 1A – «Generelle krav til drift av asylmottak», bilag 1B – «Krav til drift av transittplasser» og Bilag 2 – «Leverandørens beskrivelse». Det var også vedlagt «Avtale om mottaksdrift av Asylmottak med transittplasser».
- (3) I konkurransegrunnlaget punkt 1.6 fremgikk følgende om offentlige tillatelser:

«Nødvendige offentlige tillatelser for tilbudt bygg skal foreligge senest ved oppstart av avtalen.

Tilbyder skal levere dokumentasjon der den aktuelle kommunen bekrefter at brukstillatelsen(-e) gjelder tiltakets formål, så tidlig som mulig, og senest ved oppstartsdato for avtalen.»
- (4) I punkt 1.7 fremgikk blant annet at «Tilbyder bør senest 7 dager før tilbudsfrist, i brev eller i e-post informere vertskommunen v/rådmann med kopi til ordfører om sin intensjon om etablering av mottak, med informasjon om lokalisering, antall plasser og planlagt oppstartsdato.»

Postadresse:

Postboks 511 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:

Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Telefon: +47 55 19 30 00 post@knse.no

(5) Under punkt 1.8 «Anskaffelsens omfang» fremgikk følgende:

«Anskaffelsen skal omfatte følgende:

- Tjenester til asylsøkere
- Tjenester til UDI
- Bygningsmasse for drift av asylmottaket og innkvartering av inntil 360 asylsøkere.
- Besisning for asylsøkere i henhold til generelle kostholdsråd fra Helsedirektoratet

Avtalens innkvarteringskapasitet:

- 170 faste plasser
- 50 stykkpris plasser
- 10 hotell/ overnattingsplasser

Avtalens opsjoner:

- Opsjon på ytterligere 130 stykkprisfinansierte transittplasser, som kan tas i bruk etter 5 kalenderdagers skriftlige varsel.
- Opsjon på midlertidig drift av transittplasser i ekstern lokasjon som fremskaffes av UDI ved behov.»

(6) I konkurransegrunnlaget punkt 2.5 ble det oppstilt en fremdriftsplan der det ble opplyst at «Alle tidspunkt etter tilbudsfristen er tentative». Her fremgikk følgende milepæler:

Aktivitet	DATO
Kunngjøring i Doffin/TED	08.04.2022
Frist for å stille spørsmål til konkurransegrunnlaget	02.06.2022 kl. 12:00
Tilbudsfrist	15.06.2022 kl. 12:00
Første befaring, senere befaringer avtales ved behov.	Uke 25-33
Eventuelle forhandlinger, skriftlig eller i digitale møter.	Uke 34-35
Innstilling på valg av leverandør	Uke 36-38
Frist for å klage på avgjørelsen	10 dager
Oppstartsdato – etter avtale	Senest 15.01.2023
Vedståelsesfrist	4 måneder etter innlevert tilbud

- (7) I konkurransegrunnlaget punkt 5.1 «*Tilbudsstruktur*» fremgikk at tilbudet blant annet skulle omfatte utfylt «*Bilag 2 – Leverandørens beskrivelse*», etterspurt dokumentasjon oppgitt i bilag 2, kommunal tillatelse: bekreftelse eller beskrivelse av planlagt prosess i henhold til konkurransegrunnlaget punkt 1.6, og dokumentasjon på at kommunen var varslet i henhold til konkurransegrunnlaget punkt 1.7.

- (8) I punkt 5.5 fremgikk følgende om avvik:

«Vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene vil føre til avvisning av tilbudet.

Avvik og forbehold skal angis presist og entydig slik at oppdragsgiveren kan evaluere tilbudet uten å ta kontakt med leverandøren. Avvik og forbehold skal på en klar og utvetydig måte referere til relevant vedlegg og punkt i konkurransegrunnlaget, og skal oppgis i tilbudsskjema.

Leverandøren skal tydelig angi hvilke konsekvenser eventuelle avvik og forbehold har for ytelsen, prisen og/eller andre forhold ved tilbudet.»

- (9) Tildelingskriteriene fremgikk av konkurransegrunnlaget punkt 8.1, og var inntatt i følgende tabell:

TILDELINGSKRITERIUM	DOKUMENTASJON
Kvalitet • Bygningsmasse og utearealers tilstand • Innkvartering • Organisatorisk arbeid • Beboerrettet arbeid	• Utfylt Bilag 2 Leverandørens beskrivelse • Etterspurt dokumentasjon oppgitt i Bilag 2
Pris	• Utfylt Bilag 3A Prisskjema. • Utfylt Bilag 3B Budsjett

- (10) Under tabellen fremgikk at kontrakt ville bli tildelt den leverandøren som hadde det beste forholdet mellom kostnad og kvalitet. I tillegg fremgikk «*Når det gjelder vekting av tildelingskriteriene Pris og Kvalitet, er Kvalitet det viktigste*».
- (11) I bilag 2 – «*Leverandørens beskrivelse av oppdraget*» ble tildelingskriterienes underkriterier utdypet. For underkriteriet «*Bygningsmasse og utearealers tilstand*» fremgikk blant annet følgende:

«Oppdragsgiver vil vektlegge følgende i evalueringen av dette punktet:

- Bygningsmassen og utearealets tilstand dette inkluderer blant annet sikkerhet, trygghet og hygieniske boforhold for beboerne, i hele oppdragsperioden.

UDI vil gjennomføre en eller flere befaringer av tilbudt bygningsmasse og uteareal og dens standard etter tilbudsfrist.

Ved behov vil UDI benytte ekstern byggfaglig kompetanse under befaring og ved vurdering av leverandørens dokumentasjon av byggenes tilstand.

Leverandørens dokumentasjon, legges ved og merkes punkt 1.1, 1.2, 1.3 og 1.4:

1.1 Tilstandsrapport, eller annen dokumentasjon som beskriver bygningsmassen og utearealets tilstand.

1.2 Leverandørens beskrivelse av nødvendige forbedringstiltak og tilpasning av bygningsmassen og utearealet, som vil ferdigstilles før kontraktsoppstart. Beskrivelsen skal inkludere:

- Beskrivelse av tiltak
- Gjennomføringsplan, inkludert fremdrift.
- Dersom det foreligger et krav om utbedring fra offentlig myndighet, skal kravet legges ved og det skal redegjøres for utbedringsplan

1.3 Beskrivelse av asylmottakets uteområde og lekeområder for barn. Det må klart fremkomme at lekeområder for barn holder nødvendig standard etter gjeldende lovverk

1.4 Leverandørens beskrivelse av hvordan byggene og utearealenes tilstand skal holdes vedlike gjennom hele oppdragsperioden. Beskrivelsen må inneholde rutiner for løpende vedlikehold av bygg og inventar, kontroll og melding av avvik og samarbeid med huseier.

Alle kostnader knyttet til utbedring og vedlikehold for bygningsmassen og utearealet skal inkluderes i leverandørens budsjett Bilag 3B – Skjema for budsjett.»

- (12) For underkriteriet «Innkvartering» fremgikk at innklagede ville gjennomføre befaring av bygningsmassens egnethet etter tilbudsfrist. I tillegg var det henvist til kravene i bilag 1A (punkt 2.1 og 2.2) og bilag 1B (2.1, 2.3 og 2.4). I bilag 1A punkt 2.1 fremgikk blant annet følgende:

- « a) Bygninger som skal brukes til mottaksdrift, og hvor det er søknadsplikt til slik bruk, skal være godkjent etter TEK10 eller senere forskrifter.
- b) Kapasiteten i asylmottaket skal ikke være avhengig av beboermassens sammensetning. Boligbygningene skal være fleksible, slik at beboersammensetningen ikke medfører bortfall av plasser.»

- (13) Under dette kriterium ville oppdragsgiver særlig vektlegge:

«• Bygningene og utearealets egnethet og fleksibilitet for drift av asylmottak med transittplasser.

- Leverandørens løsning for forsvarlig renhold i mottakets lokaler.

• *Leverandørens løsning for bespisning i tråd med helsedirektoratets kostholdsråd og løsning for tilrettelagt/ tilpasset bespisning for ulike beboergrupper.»*

- (14) Som dokumentasjon på oppfyllelse av ovennevnte underkriterium var det blant annet stilt følgende krav:

«2.1 Tegninger (målsatte skisser) av tilbudt bygningsmasse og utearealer

2.2 Separat tegning (målsatt skisse) av asylmottakets barnebase

(...)

Leverandørens beskrivelse av hvordan innkvarteringskapasiteten vil økes ved utløst opsjon for 130 stykkpris plasser.»

- (15) I konkurransegrunnlaget punkt 8.2 – «*Evaluerings*» fremgikk blant annet at «*Vurderingen baseres på de endelige tilbudene i konkurransen og UDIs befarings av tilbudets bygninger*».

- (16) I vedlegget «*Avtale om mottaksdrift av Asylmottak med transittplasser*» punkt 13.1 og 13.2 fremgikk følgende:

«Leverandøren skal stille mottaket fullt operativt fra avtalt oppstartsdato i Avtalen. I dette ligger blant annet at alle nødvendige privatrettslige og offentligrettslige tillatelser knyttet til bygninger, opparbeidet uteareal, vann, avløp og vei skal foreligge til enhver tid. Manglende tillatelser anses som vesentlig mislighold, jf. pkt. 16.4.4.

(...)

UDI skal til enhver tid fullt ut kunne disponere det antall plasser Avtalen gjelder. Kapasiteten i mottaket skal ikke være avhengig av beboermassens sammensetning. Boligbygningene skal være fleksible, slik at beboersammensetningen ikke medfører bortfall av plasser. Brudd på denne bestemmelsen vil bli sett på som mislighold av kontrakten jfr. Avtalens punkt 16»

- (17) I bilag 1A fremgikk innledningsvis at «*UDI håndhever og fortolker innholdet i kravspesifikasjonene. Vi kan gi dispensasjon fra enkeltkrav i kravspesifikasjonene, men ikke dispensasjon fra krav i lover, forskrifter eller databehandleravtalen.*»

- (18) Før tilbudsfristen mottok innklagede spørsmål om kravet til antall innkvarteringsplasser. Innklagede besvarte henvendelsen slik 24. mai 2022:

«Antall plasser oppgitt i punkt 1.8 er et absolutt krav, og leverandøren må kunne levere 360 plasser når UDI har behov for dette.»

- (19) Innen tilbudsfristens utløp mottok innklagede åtte tilbud, blant annet fra Sana Mottaksdrift AS (heretter *valgte leverandør*) og Apartments AS (heretter *klager*). Innklagede gjennomførte forhandlingsrunder etter tilbudsfristen.

- (20) I et referat fra forhandlingsmøte med klager 19. oktober 2022 presiserte oppdragsgiver følgende:

«Det er viktig for UDI at leverandør kan oppfylle absolutte krav, og at leverandør klarer å beskrive dette godt.»

- (21) I brev fra innklagede til klager 7. november 2022 bekreftet innklagede *«Oppstart av kontrakt 15. januar 2023»*. Av samme brev fremgikk også at *«Det vil legges noe mer vekt på tildelingskriteriene Bygningsmasse og utearealets tilstand og Innkvartering enn øvrige kriterier. Et av UDIs behov for drift av transittplasser er høy sikkerhet for at plassene er tilgjengelig (uten bortfall)»*.
- (22) Valgte leverandør tilbød innkvartering på adressene Ørmenveien 47, 45 og 43. Ørmenveien 43 har to separate bygg, (heretter *Terapibygget* og *Låven*). I tilbudet ble det forutsatt at grunnkapasiteten på 230 plasser kunne oppfylles ved bruk av Ørmenveien 47, 45 og 43 (*Terapibygget*). I tilbudet fremgikk at de tre byggene har romslig plass til 170 beboere, men at byggene er fleksible og dermed kan huse mellom 240 og 270 beboere. Ved behov for ytterligere opsjonsplasser kunne Ørmenveien 43 (*Låven*) benyttes. I endelig tilbud fremgikk følgende:

«Opsjonsplasser

*Huseier er nå i forhandlinger med entreprenør som skal ferdigstille bygg til opsjonsplassene. Første prosjektplan fra entreprenør i sommer var ca 4 måneders arbeid. Forsinkelsen i anbudsarbeidet gjør at denne tidsplanen dermed sprekker. Det er fortsatt en mulighet for at Ørmenveien 43 (*Låven*) blir klar til oppstart, men vi er tvunget på å se på andre alternativer. Følgende løsninger ligger nå på bordet – i prioritert rekkefølge:*

Alternativ 1

Ørmenveien 43 står klar til bruk ved oppstart.

Alternativ 2

Tidligere Jeløy folkehøyskole i Moss. Dette er en god lokasjon med tanke på avstand til resten av virksomheten og er derfor prioritert høyt.

Alternativ 3

Frogner hovedgård i Skien. Et veldig fint og egnet bygg, men er noe lenger borte.»

- (23) Byggene i Ørmenveien er regulert til landbruks- natur og friluftsområde (LNF). Fredrikstad kommune måtte derfor gi dispensasjon fra arealformålet for at byggene kunne benyttes som asylmottak. Slik dispensasjon ble gitt for Ørmenveien 45 og 47, og det ble utstedt ferdigattest for fasadeendring/bruksendring 9. desember 2022. Fredrikstad kommune har bekreftet til byggets eier at bruk som asylmottak er tillat. Partene er uenig om denne godkjennelsen også reelt omfatter Ørmenveien 43 (*Terapibygget*).
- (24) For Ørmenveien 43 ble det i vedtak 20. mai 2022 gitt dispensasjon fra LNF-formålet for bruksendring til midlertidig asylmottak. Dispensasjonen ble gitt etter midlertidig forskrift om unntak fra plan- og bygningsloven for å håndtere høye ankomster av fordrevne ukrainere. Dispensasjonen har varighet i to år fra vedtakstidspunktet.
- (25) I meddelelsesbrev 21. november 2022 informerte innklagede om at de hadde til hensikt å inngå kontrakt med valgte leverandør. I meddelelsesbrevet var det vedlagt en poengoversikt der det fremgikk at valgte leverandør vant (9,13 poeng), mens klager ble innstilt som nummer 2 (8,89 poeng). Klager oppnådde høyeste score på underkriteriene

bygningsmasse og utearealers tilstand og innkvartering. Valgte leverandør oppnådde høyeste score på underkriteriene bygningsmasse og utearealers tilstand, organisatorisk arbeid og beboerrettet arbeid.

- (26) I meddelelsesbrevet informerte innklagede også om at det «ble lagt noe mer vekt på tildelingskriteriene bygningsmasse og innkvartering enn øvrige kriterier.» For underkriteriet «Bygningsmasse og utearealers tilstand» ble det gitt følgende begrunnelse:

«Sana Mottaksdrift AS skiller seg særskilt positivt ut ved høy byggeteknisk standard med hele og nyoppussede flater som legger til rette for gode hygieniske forhold for beboerne. Både inne og uteområdet vurderes å ha god sikkerhet og trygghet for beboelse og gjennomføring av aktivitet, lek og utfoldelse.»

- (27) For underkriteriet «Innkvartering» ble det gitt følgende begrunnelse:

«Innkvarteringsløsningen til Sana Mottaksdrift AS er vurdert å gi høy grad av fleksibilitet og egnethet, herunder god tilrettelegging for ivaretagelse av smittevern og innkvartering av personer med bevegesutfordringer. En høy andel av boenhetene har eget bad, kjøkkenkrok og oppholdsrom.»

- (28) For underkriteriet «Organisatorisk arbeid» ble det gitt følgende begrunnelse:

«For kriteriene organisatorisk arbeid og beboerrettet arbeid oppnådde ikke leverandøren like høy score som vinnende leverandør i denne konkurransen. Den tilbudte løsningen for organisatorisk arbeid er vurdert som tilstrekkelig god for drift av transittmottak, spesielt med tanke på leverandørens løsning for logistikkarbeid gjennom hele døgnet, opplæringsplan ved oppstart og kompetansen til personalgruppa. Leverandørens løsning for bemanning faller tilbake fra de beste tilbudene i denne konkurransen i forhold til antall personer på jobb gjennom døgnet og antall årsverk som er beregnet knyttet til mottaksdriften. Leverandørens tilbud for hvordan bemanningsplanen sikrer et godt tjenestetilbud for en varierende beboergruppe vurderes som mindre egnet enn de beste tilbudene i konkurransen.

Den tilbudte løsningen for beboerrettet arbeid er vurdert som god, men faller noe tilbake fra vinnende tilbud i konkurransen når det gjelder organisering av barnebasen, oppfølging av EMA med følgeperson og ivaretagelse av et differensiert beboerrettet arbeid. Det er positivt at leverandør benytter teknologiske løsninger for å formidle informasjon til beboere, men det trekker noe ned at det usikkert om leverandør har tatt høyde for at det i perioder kan være en stor andel beboere som har behov for at individuell informasjon formidles ved direkte kontakt. Leverandør tilbyr en av konkurransens beste bemanningsløsninger for barnebasen med en fastsatt bemanningsnorm, men det er likevel uklart hvilke ansatte som skal ivareta denne oppgaven dersom det er mange barn som benytter barnebasen.»

- (29) Klager påklaget tildelingen i brev 28. november 2022. Innklagede opprettholdt sin tildelingsbeslutning i brev 2. desember 2022, og skrev i brevet blant annet:

«Sana Mottaksdrift AS har tilbudt Ørmenveien 43, 1615 Fredrikstad i Fredrikstad kommune som innkvartering ved utløsning av opsjon på 130 stykkprisplasser. Sana Mottaksdrift AS kan ikke garantere at Ørmenveien 43 i Fredrikstad kommune vil være

klar ved oppstart av kontrakt. Det er imidlertid tilbudt alternative løsninger for innkvartering dersom opsjonen blir utløst i perioden fra kontraktsoppstart og frem til Ørmenveien 43 i Fredrikstad kommune er klar til bruk. Apartments AS har i likhet med Sana Mottaksdrift AS tilbudt en midlertidig løsning for drift av opsjonsplasser i bygningsmasse utenfor mottakets hovedadresse i en overgangsfase (side 4 i tilbudet). Det er i tilbudet oppgitt svært lite informasjon om denne lokasjonen i Bilag 2 – Leverandørens beskrivelse.

Det foreligger midlertidig brukstillatelse for Ørmenveien 43 i Fredrikstad kommune. Sana Mottaksdrift og huseier er i dialog med Fredrikstad kommune og vil søke om endring av tillatelsen til varig eller prosjektvarig godkjenning.

Sana Mottaksdrift AS kan etter dette ta i bruk eiendommen i Ørmenveien 45 – 47 i Fredrikstad kommune til drift av Asylmottak med transittplasser og oppfylle sine forpliktelser ved oppstart av kontrakt som er kravet.»

- (30) I samme brev ga innklagede også en utvidet begrunnelse på de forskjellige underkriteriene. For underkriteriet «Organisatorisk arbeid» ble det blant annet vist til at klager tilbød færre ansatte på kveld og natt, og en mindre konkret løsning for organisering av personalgruppen.
- (31) Klager begjærte midlertidig forføyning for å stanse kontraktsinngåelse. I kjennelse 17. februar 2023 ble begjæringen ikke tatt til følge. Innklagede inngikk kontrakt med valgte leverandør 28. februar 2023, med kontraktsoppstart 1. mai 2023.
- (32) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 4. april 2023.
- (33) Klager har 25. september 2023 fremlagt dokumentasjon på at søknad om varig bruksendring for Ørmenveien 43 ble avslått av Fredrikstad kommune i vedtak 13. september 2023.
- (34) Nemndsmøte i saken ble avholdt 16. oktober 2023 og 9. november 2023.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (35) Valgte leverandørs tilbud inneholder vesentlige avvik, og skulle dermed vært avvist. Det er flere forhold ved tilbudet som avviker fra absolutte krav.
- (36) Krav til oppstartsdato er absolutt. Dette kravet er ikke oppfylt i valgte leverandørs tilbud.
- (37) Kravet i konkurransegrunnlagets punkt 1.6 om at nødvendige offentlige tillatelser skulle foreligge ved kontraktsoppstart, er absolutt. Anskaffelsen har en varighet på ti år, og kravene må være oppfylt i hele perioden. Kravet om offentlige tillatelser må dermed forutsette at byggene har permanent brukstillatelse til formålet, herunder nødvendig dispensasjon fra LNF-formålet i området Ørmenveien 43, 45 og 47. Ørmenveien 43 er kun tillatt brukt midlertidig som asylmottak i en toårsperiode. Nødvendige tillatelser for Ørmenveien 43 foreligger fremdeles ikke. Valgte leverandørs alternative lokasjoner har heller ikke brukstillatelse som asylmottak. Videre er ikke dokumentasjonskravet i konkurransegrunnlaget punkt 5.1 oppfylt for Ørmenveien 43 eller noen av de alternative

lokasjonene ettersom det ikke er fremlagt beskrivelse av planlagt prosess for hvordan brukstillatelse i henhold til konkurransegrunnlagets punkt 1.6 skulle oppnås.

- (38) Kravet i bilag 1A om at søknadspliktige bygg skal møte kravene i TEK 10 eller nyere forskrift er et absolutt krav. Byggene Ørmenveien 43, Jeløy folkehøyskole og Frogner hovedgård møter ikke disse kravene, og kan dermed ikke tilbys i konkurransen. Sett i lys av tiden som er satt av fra tildeling til oppstart av avtalen (16 uker) kan det ikke tilbys bygg som må totalrehabiliteres for å kunne brukes i tråd med avtalen, da det ikke ville vært klart til kontraktsoppstart.
- (39) Valgte leverandør oppfyller ikke kravet om innkvarteringskapasitet. Dette er et absolutt krav, og oppfyllelse av kravet må dokumenteres på tilbudstidspunktet. Brukstillatelsen for Ørmenveien 45 og 47 bygger på et brannkonsept som forutsetter at byggene bebos av langt færre enn det valgte leverandør legger opp til i sitt tilbud. I bilag 2 punkt 2.1 og 2.2 er det oppstilt krav om at tilbyderne inngir skisser. Skissene over Ørmenveien 43 (Terapibygget), 45 og 47 viser at byggene ikke kan ha mer enn 170 plasser. Skissen over Ørmenveien 43 (Låven) viser kun en bygningsplan ettersom bygningsarbeidene enda ikke er påbegynt. Valgte leverandørs beskrivelser oppfyller heller ikke dokumentasjonskravene i punkt 1.1 og 1.2. For de alternative lokasjonene er det ikke inngitt noen dokumentasjon. Når etterspurt dokumentasjon ikke er levert, er det ikke mulig å konkludere at valgte leverandør oppfylte kravet.
- (40) Innklagede har uansett en plikt til å verifisere om tilbudet kan oppfylles – denne undersøkelsesplikten er ikke oppfylt. Det er uansett umulig for valgte leverandør å oppfylle kravene om offentlige tillatelser, godkjenning etter TEK10 eller nyere forskrift, samt kravet om innkvarteringskapasitet, innen kontraktsoppstart. Dette må lede til avvísningsplikt.
- (41) Evalueringen av valgte leverandørs tilbud har vært vilkårlig og uforutberegnelig. Valgte leverandør har ikke fremlagt nødvendige offentlige tillatelser, har ikke dokumentert oppfyllelse av kravet til innkvarteringskapasitet på 360 plasser og har tilbudt en bygningsmasse som måtte totalrenoveres for å kunne oppnå nødvendige tillatelser og møte kapasitetskravet. Videre vil valgte leverandør ikke kunne overholde kravet om oppstartsdato 15. januar 2023 med nødvendige tillatelser på plass for all bygningsmasse. Likevel kommer valgte leverandør best ut i konkurransen på kvalitetskriteriene.
- (42) Det foreligger feil ved evaluering av klagers tilbud som har virket inn på tildelingen. Innklagede har misforstått klagers tilbud. Det første tilbudet beskrev en løsning hvor det skulle benyttes lokasjon på Færder dersom innklagede hadde behov for opsjonsplassene. Klager gikk bort fra dette i sitt endelige tilbud, der alle de 360 plassene var samlet på ett sted. Innklagede har likevel lagt til grunn at Færder ville benyttes. Evalueringen og tildelingen bygger dermed på feil faktisk grunnlag, og er ulovlig.
- (43) Innklagede har befart Færder, men ikke de øvrige tilbydernes lokasjoner. Dette har virket inn på tildelingen.
- (44) Innklagedes begrunnelse er mangelfull, det er ikke mulig for klager å lese ut fra begrunnelsen hvorfor de ikke har vunnet konkurransen.

- (45) Innklagede har endret oppstartsdato etter tildelingen til 1. mai 2023, og innklagede har ikke håndhevet kontrakten med valgte leverandør. Det foreligger dermed en ulovlig direkte anskaffelse.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (46) Saken er behandlet i domstolen, og klagen er dermed uhensiktsmessig for behandling og må avvises jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (47) Valgte leverandørs tilbud inneholder ikke vesentlige avvik, og det foreligger derfor ikke avvisningsplikt.
- (48) Oppstartstidspunktet er tentativt. Det følger direkte av konkurransegrunnlagets formulering i punkt 2.5 om at «*Alle tidspunkt etter tilbudsfristen er tentative*».
- (49) Krav om nødvendige offentlige tillatelser i konkurransegrunnlaget punkt 1.6 er et kontraktskrav, og skal først være oppfylt på oppstartstidspunktet. En eventuell avvisning må da bygge på reglene om antasert mislighold – her er det en avvisningsrett og ikke en avvisningsplikt jf. TOBYF-2019-85454.
- (50) Valgte leverandør har fremlagt offentlige tillatelser (brukstillatelse og ferdigattest) for Ørmenveien 45 og 47. Denne omfatter også reelt Ørmenveien 43 (Terapibygget). Når det foreligger ferdigattest, må det for øvrig kunne forutsettes at alle krav etter plan- og bygningsloven med forskrifter er oppfylt for bruksformålet på eiendommen
- (51) For Ørmenveien 43 (Terapibygget og Låven) forelå det uansett før 15. januar – og foreligger stadig – midlertidig dispensasjon til bruksformålet «*Midlertidig asylmottak*» med varighet i to år, som omfatter igangsetting av byggetiltak på Ørmenveien 43 (Låven). Innklagede er ikke enig med klager i at en midlertidig brukstillatelse ikke oppfyller krav om nødvendige offentlige tillatelser.
- (52) Det er tilbudt alternativ lokasjon for opsjonsplassene hvis Ørmenveien 43 ikke kan benyttes ved kontraktsoppstart. Innklagede har ved vurderingen av Ørmenveien 43 lagt til grunn at denne mest sannsynlig ikke vil være klar til oppstart, og at den midlertidige løsningen må tas i bruk til opsjonsplassene. Dette er det gitt poengtrekk for under underkriteriet «*Innkvartering*». Det er ikke grunnlag for å avvise på grunn av dette forholdet. Eventuelle manglende tillatelser vil bli håndhevet gjennom kontraktsbestemmelsene om mislighold.
- (53) Hva som er hensiktsmessig organisering og innretning av konkurransen, og hvilke krav som skal stilles til tilbudet og dokumentasjon, ligger innenfor det innkjøpsfaglige skjønn innklagede har etter forordningen del IV, og kan ikke settes til side av domstolene. På denne bakgrunn er det ikke tale om avvik fra konkurransegrunnlaget punkt 1.6 som kan lede til avvisning av tilbudet. Dette gjelder både for offentlige tillatelser til bygningsmassen etter plan- og bygningsloven og eventuelle særskilte branntekniske krav.
- (54) Kravet om godkjenning etter TEK 10 eller nyere forskrift er et kontraktskrav som først skal oppfylles ved oppstart. Konkurransegrunnlaget krever ikke at byggene er godkjent etter byggeteknisk forskrift på tilbudstidspunktet, og heller ikke at dette dokumenteres.
- (55) Det foreligger ikke avvik fra kravet om innkvarteringskapasitet. Valgte leverandør er forpliktet til å levere 360 plasser, og har ikke tatt forbehold eller beskrevet en løsning som

avviker fra kravet om innkvarteringskapasitet. Det er for øvrig ikke forhold ved inngitt dokumentasjon, herunder beskrivelsene i dokumentasjonen, som gjør at valgte leverandør ikke ville vært bundet til å oppfylles kravene i konkurransegrunnlaget.

- (56) Innklagede la til grunn at klager ville benytte en midlertidig lokasjon. Dette ble endret i siste tilbud, men ble ved en feil ikke registrert. En eventuell feil ved evalueringen av klagers tilbud har ikke virket inn på tildelingen ettersom klager ikke er gitt trekk for dette på underkriteriet «*Organisatorisk arbeid*».
- (57) Innklagede har ikke brutt begrunnelsesplikten. I vurderingen må det også ses hen til etterfølgende begrunnelse jf. LG-2017-28938, og den samlede begrunnelse er tilstrekkelig.
- (58) Evalueringen har ikke vært vilkårlig.

Klagenemndas vurdering:

- (59) Klager har deltatt i konkurransen, og har saklig klageinteresse, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig. Konkurransen gjelder anskaffelse av asylmottak med transittplasser som er en helse- og sosialtjeneste. Anskaffelsens verdi er estimert til mellom 302 og 662 millioner kroner. I tillegg til lov om offentlige anskaffelser 17. juni 2016 nr. 73 følger anskaffelsen forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 del I og IV, jf. forskriften §§ 5-1 og 5-3.

Hvorvidt saken skal behandles av klagenemnda

- (60) Innklagede har anført at klagen bør avvises som uhensiktsmessig for behandling i klagenemnda ettersom saken allerede har vært behandlet av Oslo tingrett i en forføyningssak. Innklagede viser til at klagen bygger på de samme anførslene som ble behandlet i saken for domstolen.
- (61) I klagenemndsforordningen § 6 (3) fremgår at klagen ikke kan tas til behandling dersom spørsmålet som er gjenstand for klagen er avgjort ved «*dom i første instans*». En midlertidig forføyning er en kjennelse, og klagenemndsforordningen § 6 (3) er dermed ikke til hinder for at klagenemnda behandler denne saken. En eventuell avvisning av klagen vil imidlertid avhenge av om klagen er «*uhensiktsmessig for behandling*» jf. klagenemndsforordningen § 9.
- (62) Klagenemnda bemerker at klagers anførsler i det alt vesentlige har vært behandlet av domstolen i forføyningssaken, bortsett fra påstandene om at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Begjæringen om midlertidige forføyninger avgjøres ofte på grunnlag av muntlige forhandlinger med umiddelbar bevisførsel, og også i denne saken var det vitneførsel. I en nemndsbehandling vil saken bli avgjort utelukkende basert på dokumentbevis, og dette kan tilsi at saken er uhensiktsmessig for behandling, jf. klagenemndas avgjørelser i sakene 2017/117 avsnitt 52 og 2017/163 avsnitt 50. Nemnda vil imidlertid bemerke at dette først og fremst gjelder dersom nemndas behandling vil innebære en overprøving av de bevisvurderingene domstolen har foretatt.
- (63) I denne konkrete saken vurderer klagenemnda de fremlagte dokumentbevisene som tilstrekkelig til å behandle de fleste klagepunktene, og nemnda kan behandle disse på et uavhengig grunnlag. I dette ligger blant annet at nemnda ikke kommer til å overprøve de

bevisvurderinger foretatt av Oslo tingrett i forføyningssaken. Innklagedes anførsel om at saken skal avvises i sin helhet fører ikke frem.

Avvisning av valgte leverandørs tilbud

- (64) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud skulle vært avvist som følge av manglende oppfyllelse av absolutte krav i konkurransegrunnlaget.
- (65) Konkurransen er gjennomført etter forskriften del IV, som ikke har særskilte regler om avvisning av tilbud. I forskriften § 30-1 (2) fremgår at oppdragsgiver skal gjennomføre konkurransen på en måte som innebærer at leverandørene behandles likt. Dette følger også av det grunnleggende prinsippet om likebehandling i anskaffelsesloven § 4. I konkurransegrunnlaget punkt 5.5. fremgikk det også at vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene ville føre til avvisning av tilbudet. Innklagede var derfor forpliktet til å avvise valgte leverandørs tilbud dersom tilbudet inneholdt vesentlige avvik.
- (66) Avvik foreligger dersom oppdragsgiver ved å akseptere tilbudet ikke kan kreve oppfyllelse i henhold til anskaffelsesdokumentene. Hvorvidt et tilbud inneholder avvik, beror på en tolkning av tilbudet i lys av konkurransegrunnlaget.
- (67) Klagenemnda har i flere saker uttalt at manglende oppfyllelse av absolutte krav som den klare hovedregel vil utgjøre et vesentlig avvik, uten nærmere vurdering av avvikets størrelse eller betydning.
- (68) Manglende oppfyllelse av et dokumentasjonskrav i tilknytning til et absolutt krav vil derimot ikke i seg selv utløse en avvisningsplikt, se eksempelvis klagenemndas avgjørelse i sak 2018/219 avsnitt 34. Der det ikke er levert den etterspurte dokumentasjonen, må det foretas en konkret vurdering av om leverandøren på annen måte har sannsynliggjort, og om det er forsvarlig å legge til grunn, at det aktuelle kravet vil bli oppfylt. Sak 2018/219 gjelder manglende dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Klagenemnda mener at tilsvarende vil gjelde når det er oppstilt et dokumentasjonskrav for å dokumentere oppfyllelse av absolutte krav til ytelsen. Det vil bare foreligge en avvisningsplikt der manglende oppfyllelse av dokumentasjonskravet betyr at oppdragsgiver ikke er i stand til å vurdere om det absolutte kravet vil bli oppfylt, jf. LH-2015-202363.
- (69) I enkelte tilfeller kan det foreligge forhold som gjør at oppdragsgiver har en særlig oppfordring til å foreta ytterligere undersøkelser for å vurdere om kontraktskrav vil bli oppfylt. En eventuell avvisning av tilbudet på bakgrunn av forventet manglende oppfyllelse ville i så tilfelle være på bakgrunn av antasert mislighold, se klagenemndas avgjørelse i sak 2022/616. Dette gir i utgangspunktet oppdragsgiver en avvisningsrett. I klagenemndas avgjørelse i sak 2021/119 er det imidlertid vist til at det i tidligere klagenemndapraksis har vært lagt til grunn at det unntaksvis kan oppstå en avvisningsplikt jf. eksempelvis nemndas avgjørelse i sak 2012/246 avsnitt 44-50. Det er der også vist til nemndas avgjørelse i sak 2011/79 avsnitt 36-38, der det ble uttalt at terskelen for å konstatere en slik plikt er høy, og at skjønnsutøvelsen ved unnlatt avvisning må være uforsvarlig eller i strid med de grunnleggende prinsippene i loven § 4. Denne klagenemnd legger ovennevnte rettsforståelse til grunn.

Avvik fra krav til oppstartsdato

- (70) Klager anfører for det første at kravet til oppstartsdato var et absolutt krav, og at valgte leverandørs tilbud avviker fra kravet.
- (71) I fremdriftsplanen, som var en del av konkurransegrunnlaget, var det opplyst at oppstart skulle skje «*senest 15.01.2023*». Klagenemnda er enig med klager i at dette er en viktig milepæl som har stor betydning for leverandørene. Det fremgikk imidlertid samtidig klart at «*alle tidspunkt etter tilbudsfristen er tentative*». At noe er «tentativt», vil si at det er «foreløpig», og en naturlig tolkning av konkurransegrunnlaget tilsier da at oppgitte milepæler, som tidspunktet 15. januar 2023, ikke var faste endelige tidsangivelser, men tvert imot tidspunkt som kunne endres. Det tilsier at kravet til oppstartsdato ikke var et absolutt krav. Under enhver omstendighet kan ikke nemnda se at det fremgår av valgte leverandørs tilbud at kravet til oppstart ikke var oppfylt i tilbudet. At det senere skjer en forsinkelse i anskaffelsesprosessen som bevirker at kontrakt først inngås 28. februar 2023 med oppstart 1. mai 2023, endrer ikke på dette.
- (72) Valgte leverandørs tilbud inneholder ikke et vesentlig avvik fra kravet til oppstartsdato.

Avvik fra krav i konkurransegrunnlaget punkt 1.6 om offentlige tillatelser

- (73) Klager har anført at valgte leverandørs tilbud inneholder vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget punkt 1.6 om nødvendige offentlige tillatelser.
- (74) Det fremgår klart av kravet at det skal være oppfylt «*ved oppstart av avtalen*», og at dokumentasjon på oppfyllelse av kravet heller ikke skal leveres i tilbudet. Dokumentasjon må leveres senest ved kontraktsoppstart. I et slikt tilfelle er det ikke lagt opp til å evaluere oppfyllelse av kravet på tildelingstidspunktet. Det er dermed tilstrekkelig at kravet er oppfylt ved kontraktsoppstart, og det videre forholdet mellom partene reguleres dermed i utgangspunktet av kontraktsretten. Leverandørene måtte likevel i tilbudet levere opplysninger om kommunale tillatelser i form av bekreftelse eller beskrivelse av planlagt prosess.
- (75) Det vil med denne måten å organisere konkurransen på være en risiko for at valgte leverandør ikke får nødvendige tillatelser på plass til oppstart. Innklagede valgte å ta denne risikoen ettersom det har vært viktigere for oppdragsgiver å sikre en effektiv konkurranse. Et slikt valg ligger innenfor det innkjøpsfaglige skjønnet.
- (76) Valgte leverandør tilbød innkvartering på adressene Ørmenveien 45-47 og 43 (Terapibygget). Slik klagenemnda forstår valgte leverandørs tilbud, var disse adressene ment å oppfylle kravet om 230 plasser. Opsjonsplassene skulle oppfylles ved å tilby Ørmenveien 43 (Låven). Sistnevnte krevde imidlertid ombyggingsarbeider. Valgte leverandør leverte en bekreftelse fra Fredrikstad kommune på at Ørmenveien 45 og 47 var tillatt brukt som asylmottak, og en ferdigattest for Ørmenveien 45-47. Det var også fremlagt en brukstillatelse for disse eiendommene. Krav om offentlig tillatelse var dermed oppfylt for Ørmenveien 45-47. Innklagede har anført at denne brukstillatelsen reelt også omfatter Ørmenveien 43 (Terapibygget). Anførselen er ikke nærmere underbygget, og slik saken er belyst av partene, har ikke klagenemnda grunnlag for å ta stilling til dette. Nemnda bemerker at dette uansett ikke er avgjørende for resultatet.
- (77) Ørmenveien 43 har en midlertidig brukstillatelse som utløper 20. mai 2024. Denne brukstillatelsen er gitt etter en midlertidig forskrift om unntak fra plan- og bygningsloven

for å håndtere høye ankomster av fordrevne ukrainere. Fredrikstad kommune har i e-post bekreftet at den midlertidige brukstillatelsen kan benyttes til å drive asylmottak.

- (78) Klager har anført at brukstillatelsen ikke varer ut kontraktperioden, og at kravet om offentlige tillatelser dermed ikke er oppfylt. Ordlyden i kravet om offentlige tillatelser i konkurransegrunnlaget punkt 1.6 skiller imidlertid ikke på midlertidige og permanente tillatelser, og den midlertidige brukstillatelsen gjør det lovlig å bruke Ørmenveien 43 til asylmottak frem til brukstillatelsen går ut.
- (79) Klagenemnda kan på denne bakgrunn ikke se at det foreligger et avvik ved bruk av Ørmenveien 43 til å oppfylle kravet om opsjonsplasser.
- (80) For valgte leverandørs alternative lokasjoner, Jeløy folkehøyskole og Frogner hovedgård, var det ikke sendt noen dokumentasjon på offentlige tillatelser, eller beskrevet planlagt prosess for å få slike tillatelser. Det foreligger dermed et avvik fra dokumentasjonskravet i punkt 5.1.
- (81) Klagenemnda kan ikke se at dokumentasjonskravet i seg selv må anses som et absolutt krav. Slik nemnda leser konkurransegrunnlaget, innebærer dette at leverandørene må gi en beskrivelse av prosessen for å få tillatelse, og det er ikke et krav om dokumentasjon eller sannsynliggjøring av den faktiske oppfyllelse av kravet. Nemnda kan da ikke se at den manglende dokumentasjonen på annen måte utgjør et vesentlig avvik.
- (82) Klagenemnda har etter dette kommet til at valgte leverandørs tilbud ikke inneholder vesentlige avvik fra konkurransegrunnlaget punkt 1.6 om offentlige tillatelser.
- (83) Avtalens varighet var angitt til fem år med opsjon på forlengelse ytterligere fem år. Det var dermed klart at det i løpet av avtaleperioden – ved bruk av Ørmenveien 43 – enten må søkes om forlengelse av den midlertidige brukstillatelsen, søkes om permanent brukstillatelse som asylmottak, eller tas i bruk alternative lokasjoner. Referat fra innklagedes forhandlingsmøte med valgte leverandør 20. oktober 2022 viser at også innklagede var kjent med at valgte leverandør måtte arbeide med brukstillatelse. Dette viser at det har fremstått som uavklart hvorvidt brukstillatelse ville bli innvilget, og dermed en risiko for mislighold når den midlertidige brukstillatelsen er utløpt. Klagenemnda vil imidlertid bemerke at en slik fremtidig usikkerhet ikke er tilstrekkelig til å konstatere avvisningsplikt på bakgrunn av antasert mislighold. Nemnda vil i den forbindelse bemerke at selv om slike undersøkelser sannsynligvis ville vist at det måtte søkes om full bruksendring etter de strengeste tekniske krav (TEK17), ville dette i høyden resultert i en avvisningsrett, og ikke en avvisningsplikt, se blant annet TOBYF-2019-85454. Tilsvarende gjelder risikoen knyttet til de alternative lokasjonene.

Avvik fra krav i bilag 1 A, punkt 2.1 om godkjenning etter TEK 10 eller senere forskrifter

- (84) Klager har også anført at valgte leverandørs tilbud ikke oppfyller kravet i bilag 1A, punkt 2.1 om godkjenning etter TEK10 eller senere forskrifter. Kravet lyder slik:

«Bygninger som skal brukes til mottaksdrift, og hvor det er søknadsplikt til slik bruk, skal være godkjent etter TEK10 eller senere forskrifter».
- (85) Klagenemnda legger til grunn at Ørmenveien 43, Jeløy folkehøyskole og Frogner hovedgård er søknadspliktige.

- (86) I innledningen til bilag 1A fremgikk at innklagede ikke kunne gi dispensasjon fra krav i lover, forskrifter eller fra databehandleravtalen. Det er etter dette naturlig å forstå kravet om godkjenningen etter TEK10 eller senere forskrifter slik at avvik fra dette kravet vil bli ansett som vesentlige avvik.
- (87) Det fremgår ikke av konkurransegrunnlaget om kravene i bilag 1A skulle være oppfylt på tilbudstidspunktet, eller om det var kontraktskrav som skulle oppfylles ved kontraktsoppstart. Det var heller ikke oppstilt noe dokumentasjonskrav i direkte tilknytning til kravet.
- (88) Evalueringen av tildelingskriteriet «Kvalitet» skulle basere seg på leverandørenes besvarelse av konkurransegrunnlaget bilag 2 og innklagedes befaringsrapport. For å dokumentere tilstanden til bygningsmassen og utearealet, skulle leverandørene levere en tilstandsrapport, og beskrive nødvendige forbedringstiltak og tilpasninger «*som vil ferdigstilles før kontraktsoppstart*». Slik klagenemnda forstår konkurransegrunnlaget, var det dermed ikke lagt opp til at tilbudt bygningsmasse måtte være i den etterspurte tilstanden på tilbudstidspunktet. En slik forståelse samsvarer også best med konkurransegrunnlagets bestemmelse i punkt 1.6 om at nødvendige tillatelser først måtte foreligge ved oppstart av avtalen. Klagenemnda kan derfor heller ikke se at kravet om godkjenning etter TEK10 eller senere forskrift måtte være oppfylt på tilbudstidspunktet.
- (89) Valgte leverandørs tilbud inneholder derfor ikke et avvik fra kravet om godkjenning etter TEK10 eller senere forskrifter.
- (90) Slik denne saken er opplyst, må det ha fremstått som uklart hvorvidt Ørmenveien 43 (Låven), og de alternative lokasjonene Jeløy folkehøyskole og Frogner hovedgård, kom til å oppfylle kravet etter byggeteknisk forskrift. En slik usikkerhet vil innebære en risiko for mislighold. Heller ikke på dette punktet er denne usikkerheten tilstrekkelig til å konstatere avvisningsplikt på bakgrunn av antasert mislighold. En slik usikkerhet vil i høyden gi innklagede en avvisningsrett.

Avvik fra krav i konkurransegrunnlaget punkt 1.8 om innkvarteringskapasitet

- (91) Klager anfører at valgte leverandørs tilbud inneholder avvik fra konkurransegrunnlagets krav om innkvarteringskapasitet. Det var stilt krav om innkvarteringskapasitet på 360 plasser. Dette var et absolutt krav, jf. innklagedes svar på spørsmål av 24. mai 2022, og det fremgår av referat fra forhandlingene av 19. oktober 2022 at det var særlig viktig at leverandørene beskrev oppfyllelsen av absolutte krav godt.
- (92) Klager har underbygget dette med at valgte leverandørs tilbud har flere avvik fra dokumentasjonskravene i relasjon til tilbudt innkvarteringskapasitet, og at dette innebærer at valgte leverandør ikke er forpliktet til å levere 360 plasser. Klager viser også til at det i fremlagte skisser er oppgitt 170 soveplasser.
- (93) Det er ikke oppstilt noe dokumentasjonskrav i punkt 1.8. De aktuelle dokumentasjonskravene fremgår av bilag 2 punkt 1.1, 1.2, 2.1 og 2.2. I punkt 2.1 og 2.2 ble det bedt om å angi innkvarteringskapasiteten gjennom beskrivelser, målsatte skisser av tilbudt bygningsmasse osv. Innklagede fremhevet videre i forbindelse med forhandlingene at det var viktig at leverandørene klarte å beskrive oppfyllelsen av absolutte krav godt.

- (94) Klagenemnda har kommet til at kravene til offentlige tillatelser, og kravet om teknisk godkjenning, ikke la opp til at tilbudt bygningsmasse måtte være i den etterspurte tilstanden på tilbudstidspunktet. Tilsvarende vil gjelde kravet til innkvarteringskapasitet. Antall innkvarteringsplasser måtte dermed ikke være oppfylt på tilbudstidspunktet. Dokumentasjonen som innleveres i tilbudet, måtte imidlertid vise at leverandøren ville være i stand til å oppfylle kravet senest ved oppstart av avtalen.
- (95) Av valgte leverandørs tilbud fremgår at det i Ørmenveien 43 (Terapibygget), 45 og 47 er «*meget romslig plass*» til 170 beboere. Videre fremgår at bygningsmassen anses å ha «*en innkvarteringskapasitet mellom 240-270 beboere*». Det er forklart at årsaken til det økte beboerantallet er muligheten for å gjøre oppholdsrom om til soverom og erstatte enkeltsenger med dobbeltsenger. Innklagede har, basert på beskrivelsen, plantegninger, bilder og befaring, kontrollert antall plasser og konkludert at kravet vil bli oppfylt ved bruk av Ørmenveien 43. Klagenemnda har ingen innvendinger mot denne vurderingen.
- (96) Valgte leverandør sendte en e-post til Fredrikstad kommune hvor det ble vist til anskaffelse av asylmottak med 230 plasser. Videre fremgikk det at «*Oppstartsdato er satt til tidlig 2023, med foreløpig dato på 15. januar. En gradvis opptrapping vil skje fra denne dato. Lokasjon for etableringen er Ørmenveien 45-47, 1615 Fredrikstad*». Klagenemnda forstår klager slik at det siterte viser at valgte leverandør ikke har hatt til intensjon å levere 360 plasser. Nemnda oppfatter imidlertid opplysningen som en redegjørelse til kommunen i tråd med kravet i konkurransegrunnlaget punkt 1.7. Selv om redegjørelsen ikke nevner Ørmenveien 43, er denne redegjørelsen ikke relevant i en vurdering av valgte leverandørs forpliktelser overfor innklagede.
- (97) Klager har også anført at Ørmenveien 45 og 47 ikke er brannteknisk godkjent for valgte leverandørs planlagte innkvartering.
- (98) Det brannkonseptet som ligger til grunn for brukstillatelsen av Ørmenveien 45 og 47, er beregnet for færre beboere enn det valgte leverandørs tilbud legger opp til. Et brannkonsept slik nemnda forstår det, er en vurdering av branntekniske forhold basert på visse forutsetninger herunder hva slags virksomhet som skal drives og hvor mange mennesker som er tilknyttet virksomheten. Slik klagenemnda oppfatter saken, er brannkonseptet utarbeidet i mai 2021 i forbindelse med at eiendommene ble «*benyttet som rus- og psykiatriboliger*», og det ble i den forbindelse ikke tatt stilling til hva som var det maksimale antallet beboere. Nemnda vil likevel bemerke at dette er en usikkerhet med valgte leverandørs tilbud, men at denne usikkerheten ikke er tilstrekkelig til å konstatere avvisningsplikt etter reglene om antesipert mislighold.
- (99) Klagenemnda har derfor kommet til at valgte leverandørs tilbud ikke inneholder avvik fra konkurransegrunnlagets krav om innkvarteringskapasitet så lenge innklagede kunne legge til grunn bruk av Ørmenveien 43 som opsjonsplasser.
- (100) Bruk av Ørmenveien 43 forutsetter imidlertid ombyggingsarbeider, og i tilbudet fremgår at det er en mulighet for at Ørmenveien 43 (Låven) ikke blir klar til kontraktsoppstart. I tilbudet ble det derfor angitt alternative lokasjoner på Jeløy folkehøyskole og Frogner hovedgård. Klagenemnda forstår denne delen av tilbudet som at valgte leverandør har forpliktet seg til å tilby 130 plasser på Ørmenveien 43 (Låven), alternativt en av de to tilbudte alternative lokasjonene dersom Ørmenveien 43 (Låven) ikke blir klar.

- (101) I tilbudet er det imidlertid ikke levert tegninger på de alternative lokasjonene. Valgte leverandørs besvarelse av dokumentasjonskravet for disse lokasjonene er svært kortfattet, og slik saken er opplyst, fremgår det heller ikke at valgte leverandør på annen måte har gitt opplysninger om innkvarteringskapasiteten ved bruk av de alternative lokasjonene. Det er dermed klart at valgte leverandørs tilbud ikke oppfyller dokumentasjonskravet når det gjelder de alternative lokasjoner.
- (102) Klagenemnda viser til at innklagede har opplyst at det i evalueringen er lagt til grunn at Ørmenveien 43 mest sannsynlig ikke vil være klar til oppstart av avtalen, og at de alternative lokasjoner må tas i bruk dersom opsjonene utløses på dette tidspunktet. Nemnda viser videre til at innklagede selv har presisert at kravet til innkvarteringskapasitet var et absolutt krav, og at de 360 plassene måtte leveres når innklagede har behov for dette. Dette må forstås slik at kravet til 360 plasser må kunne oppfylles fra avtalestart ved bruk av de alternative lokasjonene, og at leverandører som ikke oppfyller kravet, i utgangspunktet vil bli avvist uten nærmere vurdering av avvikets størrelse eller betydning.
- (103) Når valgte leverandør ikke har levert den etterspurte dokumentasjon for de alternative lokasjonene, betyr det i utgangspunktet at innklagede ikke kan vurdere om det er sannsynlig at kravet til innkvarteringskapasitet vil bli oppfylt. En slik vurdering har da heller ikke nemnda grunnlag for å foreta.
- (104) Innklagede har ikke i saken anført at valgte leverandør på annen måte har sannsynliggjort, eller at det på annen måte er forsvarlig å legge til grunn, at kravet til innkvarteringskapasitet vil bli oppfylt med de alternative lokasjonene. Når det ikke er tilfellet, har nemnda kommet til at innklagede ikke hadde grunnlag for å legge til grunn at det absolutte kravet til innkvarteringskapasitet ville bli oppfylt. Når innklagede har etterspurt dokumentasjon som sannsynliggjør at kravet vil bli oppfylt, medfører den manglende dokumentasjonen da etter nemndas syn en avvisningsplikt. Slik saken er opplyst, har nemnda derfor kommet til at valgte leverandør skulle vært avvist.

Ulovlig tilbudsevaluering

- (105) Klager har anført at innklagede ikke har evaluert deres endelige tilbud. I første tilbudsrunde tilbød klager en hovedlokasjon i Horten og en tilleggslokasjon på Færder. Denne løsningen ble endret ved levering av endelig tilbud slik at alle plassene ble samlet i Horten. Innklagede har erkjent at denne endringen ikke ble hensyntatt ved evalueringen. Det er således klart at innklagede har lagt feil faktum til grunn ved evaluering av klagers tilbud, og dette utgjør et brudd på likebehandlingsprinsippet.
- (106) Klager mener at dette bruddet, ved at innklagede har forutsatt at klagers personell i en periode måtte forflyttes mellom forskjellige lokasjoner, urettmessig har ført til at klager har fått trekk ved evalueringen på underkriteriet «*Organisatorisk arbeid*». Innklagede har opplyst at det ikke er gitt et slikt trekk.
- (107) Klager har også anført at evalueringen av valgte leverandørs tilbud fremstår som vilkårlig og uforutberegnelig, fordi det er vanskelig å forstå hvordan innklagede kan vurdere valgte leverandørs tilbud som best opp mot de absolutte kravene i konkurransen.
- (108) I kjennelsen fra Oslo tingrett har retten i tilsvarende spørsmål lagt vekt på en partsforklaring fra innklagede. Nemnda har på denne bakgrunn kommet til at denne delen

av anførselen om at innklagede har foretatt en ulovlig tilbudsevaluering, ikke er egnet for nemndsbehandling. Klagers anførsler på disse to punktene vil derfor ikke bli behandlet.

Brudd på begrunnelsesplikten

- (109) Klager har anført at innklagede har brutt begrunnelsesplikten. Klager viser til at det ut fra begrunnelsen ikke er mulig å forstå hva klager ble trukket for på underkriteriene «*Organisatorisk arbeid*» og «*beboerrettet arbeid*».
- (110) Det følger av forskriften § 30-8 (2) at begrunnelsen skal inneholde «*en redegjørelse for det valgte tilbudets egenskaper og relative fordeler i samsvar med tildelingskriteriene*». Klagenemnda har i en rekke avgjørelser tolket kravet slik at begrunnelsen må angi de forhold som oppdragsgiver har lagt til grunn for sine beslutninger, og gjøre leverandørene i stand til å forstå hvilke forhold som har gjort at oppdragsgiver har bedømt valgte leverandørs tilbud som best basert på de fastsatte tildelingskriteriene, se blant annet klagenemndas avgjørelse i sak 2023/194 avsnitt 53.
- (111) I meddelelsesbrevet fremgikk at klager fikk 10 poeng på underkriteriene «*Bygningsmasse og uteareals tilstand*» og «*Innkvartering*». På underkriteriene «*Organisatorisk arbeid*» og «*Beboerrettet arbeid*» var det angitt at klager ikke oppnådde like høy score som vinnende tilbud.
- (112) Innklagedes begrunnelse i tildelingsbrevet viser at de har vektlagt at valgte leverandør tilbød flere personer på jobb gjennom døgnet og antall årsverk knyttet til mottaksdriften. I tillegg ble det vektlagt at valgte leverandørs tilbud var bedre på organisering av barnebasen, oppfølging av EMA med følgeperson og ivaretagelse av et differensiert beboerrettet arbeid. Etter klagenemndas oppfatning viser denne begrunnelsen hvilke forhold innklagede har lagt til grunn for sine beslutninger, og gjør leverandørene i stand til å forstå hvilke forhold som gjør at oppdragsgiver har bedømt valgte leverandørs tilbud som best. Innklagede har ikke brutt begrunnelsesplikten.

Anførsel om ulovlig direkte anskaffelse

- (113) Klager har i prosesskriv 12. mai 2023 anført at innklagede har gjort vesentlige endringer ved å endre kontraktens oppstartstidspunkt, og ved å ikke håndheve kontrakten etter oppstart. Klager anfører dermed at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (114) En ulovlig direkte anskaffelse er «*en anskaffelse som ikke er kunngjort, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt*», se blant annet merknadene til anskaffelsesloven § 12 i Prop. 51 L (2015-2016).
- (115) Når en kontrakt er inngått etter en kunngjort konkurranse, er utgangspunktet at det videre forholdet mellom partene reguleres av kontraktsretten. Unntak fra dette er dersom avtalen endres på en slik måte at innholdet i kontrakten endres vesentlig. Forskriften del IV inneholder ikke uttrykkelige regler om endringer i kontrakt, men det er imidlertid klart at forbudet mot å gjøre vesentlige endringer kommer til anvendelse også for anskaffelser som omfattes av denne delen, jf. klagenemndas avgjørelse i sak 2018/479 avsnitt 39 med henvisning til EU-domstolens avgjørelse i C-454/06. Dersom en avtale endres vesentlig, står man overfor en ny avtale som skulle vært kunngjort i henhold til regelverket, jf. dommens avsnitt 34. I disse tilfellene vil den vesentlig endrede kontrakten utgjøre en ulovlig direkte anskaffelse.

- (116) Klager anfører at avtalen er vesentlig endret ved at oppstartstidspunktet er endret. Slik saken er opplyst, ble kontrakt signert to måneder etter tentativ kontraktsoppstart, men da som en innkjøringsperiode.
- (117) Klagenemnda bemerker innledningsvis at forskyvning av oppstartstidspunkt utgjør en endring. Likevel er det slik at tidsforskyvninger må påregnes i store anskaffelser der flere leverandører er involvert i forhandlingsrunder og etterfølgende rettslige skritt. I denne konkrete saken har nemnda kommet til at oppstartstidspunktet ikke var et absolutt krav. Dette i kombinasjon med at deler av forsinkelsen skyldes klagers begjæring om midlertidig forføyning, gjør at nemnda er kommet til at avtalen ikke er vesentlig endret ved at oppstartstidspunktet er endret.
- (118) En oppdragsgivers manglende håndhevelse av en leverandørs mislighold av en kontrakt, vil også etter omstendighetene kunne bli likestilt med at kontrakten er vesentlig endret, se eksempelvis sak 2021/1431 avsnitt 49 med videre henvisninger.
- (119) Når det gjelder spørsmålet om håndhevelse av kontraktens krav om tillatelser, har klagenemnda kommet til at ordlyden i kravet om offentlige tillatelser kunne omfatte både midlertidige og permanente tillatelser. Den midlertidige brukstillatelsen gjør det lovlig å bruke Ørmenveien 43 til asylmottak frem til brukstillatelsen går ut. Som en konsekvens av dette har innklagede anledning til å benytte Ørmenveien 43 frem til brukstillatelsen går ut. Det er først når denne brukstillatelsen ikke lenger er gyldig, at valgte leverandør eventuelt misligholder kontrakten med innklagede. Nemnda kan derfor ikke av denne grunn se at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.
- (120) Når det gjelder muligheten for å utløse opsjonsplasser og tilstanden på de alternative lokasjonene, har ingen av partene i saken opplyst om opsjonen faktisk er utløst, eller om valgte leverandøren er i stand til å levere opsjonsplassene med et varsel på 5 kalenderdager, jf. konkurransegrunnlaget punkt 1.8. Klagenemnda har dermed ikke grunnlag for å vurdere hvorvidt dette utgjør en ulovlig direkte anskaffelse.

Tilbakebetaling av klagegebyret

- (121) Klagenemnda har kommet til at innklagede har brutt regelverket ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud. Dette bruddet kan ha påvirket utfallet av konkurransen, og gir dermed grunnlag for tilbakebetaling av klagegebyret, jf. klagenemndsforordningen § 13.

Konklusjon:

Utlendingsdirektoratet har brutt regelverket for offentlige anskaffelser ved ikke å avvise valgte leverandørs tilbud fra konkurransen.

Utlendingsdirektoratet har brutt likebehandlingsprinsippet ved å legge feil faktum til grunn ved evaluering av klagers tilbud.

Utlendingsdirektoratet har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Christina Paludan Melson

Dokumentet er elektronisk godkjent og har ingen signatur